

LETTRÉ D'INFORMATION

ACTUALITES DU DROIT COMMANDE PUBLIQUE, DOMANIALITE

MARS 2014

COMMANDE PUBLIQUE

■ Actualité législative : discussion de la proposition de loi SEM à opération unique – opération unique

Le 11 décembre 2013, les sénateurs ont achevé la première lecture de la proposition de loi tendant à créer des sociétés d'économie mixte à opération unique, déjà examinée une première fois par l'Assemblée Nationale.

Cf. la version votée par le Sénat :
<http://www.senat.fr/leg/tas13-047.html>

En l'état, le dispositif prévu est le suivant :

- La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales décide de créer une SEM avec une personne privée, sélectionnée après une mise en concurrence ;

- Cette SEM, qui revêt nécessairement la forme d'une société anonyme, a un objet exclusif : l'exécution d'un contrat unique conclu avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales qui est à l'initiative de sa création ;

- Le contrat susceptible d'être conclu peut avoir pour objet : la réalisation d'une opération de construction, de logement ou d'aménagement ; la gestion d'un service public ; toute opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales ;

- La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34% et 85% du capital de la société et 34% au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de la personne privée ne peut être inférieure à 15% ;

- le choix de la personne privée actionnaire de la SEM est opérée après une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Bien entendu, sa rédaction n'est pas en l'état définitive, le texte devant être examiné en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale puis par le Sénat.



■ **Texte – Relèvement des seuils applicables aux marchés publics et autres contrats de la commande publique au 1^{er} janvier 2014 : décret n° 2013-1259 du 27 décembre 2013**

Le décret du 27 décembre 2013 modifie les seuils de procédure formalisée applicables aux marchés publics, aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices non soumis au code des marchés publics, aux contrats de partenariat et aux concessions de travaux publics.

A compter du 1^{er} janvier 2014, les seuils de procédure formalisée des marchés sont les suivants :

- 134 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État (article 29 du code) ;
- 207 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales (article 29 du code) ;
- 414 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 186 000 € HT pour les marchés de travaux.

Les dispositions du présent décret sont applicables aux marchés et aux contrats pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2014. Le décret modifie également le code général des collectivités territoriales, afin d'aligner sur le seuil de procédure formalisée applicable aux marchés de services passés par les collectivités territoriales, le seuil à partir duquel les marchés et contrats passés par ces collectivités et leurs établissements publics sont obligatoirement transmis au représentant de l'Etat dans le département pour l'exercice du contrôle de légalité.

L'ensemble des seuils modifiés est consultable à l'adresse suivante : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028398135&fastPos=1&fastReqId=534225626&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>.

■ **Texte – Modification du CCAG-Travaux : arrêté du 3 mars 2014 modifiant l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du CCAG-Travaux**

L'arrêté du 3 mars 2014 modifie le CCAG-Travaux tel qu'approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009.

La rédaction des articles 13.3 et 13.4 du CCAG est modifiée : de nouveaux délais sont fixés pour toutes les parties et des dispositions nouvelles sont introduites à l'article 13.4.4 en cas d'absence de production d'un décompte général par le représentant du pouvoir adjudicateur dans les délais contractuels. Ces dispositions intègrent une procédure d'alerte du titulaire auprès du maître d'ouvrage lorsque ce décompte général n'a pas été produit dans les délais contractuels et rendent possible l'établissement d'un décompte général et définitif tacite.

Le délai de recours prévu à l'article 50 du CCAG est ramené à trente jours pour des raisons de cohérence des délais laissés au titulaire pour accepter le décompte général.

Les dispositions du présent arrêté entrent en vigueur au 1^{er} avril 2014.

Les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication avant cette date demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux auxquels ils se réfèrent dans leur rédaction antérieure à l'arrêté du 3 mars 2014.



JURISPRUDENCE COMMANDE PUBLIQUE

■ Contentieux – Information des candidats évincés en procédure adaptée - CE, 11 décembre 2013, req. n° 372214

L'article 80 du code des marchés publics dispose que l'information des candidats évincés du rejet de leurs offres et le respect d'un délai d'au moins seize jours entre la notification de cette information et la signature du contrat ne s'applique que pour les marchés passés selon les procédures formalisées.

Le texte n'évoque pas les marchés passés selon la procédure adaptée qui sont donc exclus de son champ d'application.

Cette lecture de l'article 80 a été entérinée par le Conseil d'Etat qui avait considéré que « *les marchés passés selon une procédure adaptée, (...) ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution* » (CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435)

Cette solution n'avait pas été suivie par certains juges du fond.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Nancy a récemment jugé qu'en application des principes généraux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, il incombe à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur

est opposé (CAA Nancy, 18 novembre 2013, req. n° 12NC01181).

La cour administrative d'appel de Nancy rejoint celle de Bordeaux qui avait déjà jugé dans le même sens (CAA Bordeaux, 7 juin 2011, Association des citoyens Breuil-Coiffault, n° 09BX02775).

Il existait donc une divergence entre le Conseil d'Etat et certains juges du fond concernant les obligations des pouvoirs adjudicateurs en matière d'information des candidats évincés dans le cadre des marchés passés selon la procédure adaptée.

La décision du Conseil d'Etat du 11 décembre 2013 vise à réitérer la solution dégagée le 19 janvier 2011 et mettre un terme au courant dissident suivi par certaines cours administratives d'appel.

Il est donc confirmé que les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas l'obligation de respecter le délai de standstill en matière de procédure adaptée.

Mais rien ne les empêche non plus de respecter volontairement un tel délai afin de purger les éventuelles contestations des candidats évincés dans le cadre d'un référé précontractuel et ce pour éviter que ces candidats se reportent alors sur les référés contractuels et le recours « tropic travaux ».



■ **Pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage et notification des ordres de service – CAA Nantes, 31 octobre 2013, Sarl Sonoter, req. n° 12NT01444.**

L'article 2.51 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux dans sa rédaction de 1976 stipule que " *les ordres de service sont écrits : ils sont signés par le maître d'oeuvre, datés et numérotés*".

La cour administrative d'appel de Nantes a considéré qu'un ordre de service qui avait pour objet la notification du décompte général signé par le maître d'ouvrage et non par le maître d'œuvre était régulier.

Cette solution avait déjà été retenue, s'agissant de la notification du décompte général, par la cour administrative d'appel de Douai qui avait considéré que la notification du décompte par la personne responsable du marché était régulière car elle équivalait à un ordre de service signé par le maître d'œuvre (CAA Douai, 12 avril 2007, Société Dorival, req. n°05DA00404).

Le considérant de la cour administrative d'appel de Nantes est plus général et vaut a fortiori pour tous les ordres de services : il indique ainsi expressément que l'article 2.51 du cahier des clauses administratives générales n'a pas pour objet de priver le maître de l'ouvrage du pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du marché qui est le sien.

■ **Contentieux des contrats publics – incompétence du signataire ne justifiant pas d'écarter l'application du contrat pour régler un différend - Conseil d'Etat, 13 novembre 2013, n°351.530 – CAA Lyon, 21 novembre 2013 n° 10LY01322**

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat « Commune de Bézier », lorsque les parties soumettent

au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat.

Toutefois, dans le cas seulement où le juge administratif constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel (CE, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802).

Dans deux affaires récentes, le juge administratif a écarté le moyen tiré de l'incompétence du signataire des marchés, au motif que, dans les circonstances de l'espèce, l'exigence de loyauté des relations contractuelles faisait obstacle à ce que ce vice du consentement soit regardé comme d'une gravité suffisante pour justifier que l'application du contrat soit écartée.

Dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat, la haute juridiction a ainsi écarté le moyen tiré du défaut d'habilitation des représentants de la SNCF qui avaient signé des avenants en 1997 et 2004.

Dans l'affaire jugée par la cour administrative d'appel de Lyon, le juge d'appel a écarté le vice tiré de ce que la personne publique n'avait pas agi dans le cadre de ses compétences en précisant que cette personne avait fait erreur sur l'étendue de sa compétence.

L'appréciation donnée à la gravité du vice tenant à l'incompétence du signataire est à géométrie variable et dépend en large partie des circonstances de l'espèce.

La jurisprudence citée montre que le juge est réticent à écarter l'application du contrat lorsque le vice invoqué se rattache à un moyen d'incompétence lié à un acte signé voir entièrement exécuté depuis plusieurs



dizaines d'années avant l'apparition du litige (avenants signés en 1997 et 2004 dans l'affaire jugé par le Conseil d'Etat, marchés conclus en 1994 et entièrement exécutés et réceptionnés depuis l'année 2001 dans la seconde affaire jugée par la cour administrative d'appel).

Les considérations de l'espèce prises en compte par le juge tiennent aussi à des considérations d'opportunités : dans l'affaire jugée par la cour administrative d'appel, l'inapplication du contrat aurait eu pour conséquence de faire obstacle à ce que le maître d'ouvrage puisse rechercher la responsabilité des entreprises concernées sur le fondement de la garantie décennale.

■ **Contentieux des contrats publics : - refus d'application de la théorie des relations intégrées « in house » - Obligation des parties de résilier le contrat – CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-côte, n° 365079.**

Le Conseil d'Etat statue dans le cadre d'un recours initié par un tiers au contrat à l'encontre d'une délibération approuvant le choix du titulaire d'une concession d'aménagement, en l'occurrence une société publique locale d'aménagement (SPLA) créée sur le fondement de l'article L.327-1 du code de l'urbanisme.

Se prévalant de la théorie des relations intégrées dite « in house », la Commune avait attribué cette concession à la SPLA sans publicité ni mise en concurrence.

Le Conseil d'Etat confirme l'annulation de la décision attaquée en précisant que l'absence de publicité et de mise en concurrence n'est possible qu'à la condition que la collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Il précise que, pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La Commune ne disposait en effet d'aucun représentant propre au conseil d'administration et n'y avait voix délibérative que par l'intermédiaire d'un représentant commun de petits actionnaires. De plus, la Commune ne pouvait inscrire de questions à l'ordre du jour du conseil d'administration et n'était directement représentée que dans des organes qui n'avaient aucun pouvoir décisionnaire (assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle).

Le Conseil d'Etat confirme donc l'annulation de la délibération attaquée du fait de l'impossibilité de faire jouer la théorie des relations intégrées dite « in house ».

Tirant ensuite les conséquences de l'illégalité de la décision attribuant la concession d'aménagement à la SPLA, le Conseil d'Etat fait preuve d'une certaine mansuétude en ordonnant aux parties de procéder à la résiliation de la convention dans un délai de trois mois, au lieu d'infliger une résolution rétroactive du contrat depuis sa signature.





DOMANIALITE

■ **Contrôle du juge sur le montant des redevances d'occupation du domaine public au regard des avantages procurés au titulaire de l'autorisation : CAA Paris, 17 octobre 2013, n°13PA00911**

La cour administrative d'appel a été amenée à exercer un contrôle poussé sur le montant de la redevance d'une occupation du domaine public au regard de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « *la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ».

En l'occurrence, dans l'affaire concernée relative à l'occupation du stade de Roland Garros par la Fédération française de tennis (FFT), ce montant, calculé à environ 6,5 millions d'euros par an, a été jugé manifestement insuffisant.

Le mode de calcul de la redevance n'est pas ici mis en cause par la cour qui considère que le montant des taux assis sur le CA ne révèle pas en lui-même une insuffisance manifeste.

En revanche, la cour a considéré que les avantages considérables consentis par la Ville de Paris (durée de 99 ans de l'occupation, extension de l'occupation pour des activités de la FFT non rémunératrices pour le gestionnaire du domaine, indemnités de 20 millions d'euros en cas de blocage du projet de modernisation du site, garantie à hauteur de 50% des emprunts contractés par la FFT sur ces travaux, subvention de 20 millions pour ces travaux) constituaient un ensemble d'avantages procurés, au sens de l'article L. 2125-3 du CG3P, aboutissant à rendre le montant annuel de la redevance domaniale manifestement insuffisant.

La cour précise enfin que les avantages retirés par la ville de Paris, représentés par les retombées économiques, touristiques ou culturelles du maintien du tournoi sur son territoire et par le surcroît de notoriété qui en résulte, ne sont pas d'un niveau tel qu'ils pourraient compenser le caractère manifestement insuffisant de la redevance.

■ **Légalité du refus de renouveler une autorisation d'occupation privative du domaine public à une entreprise : CAA Nantes, 17 janvier 2014, req. n° 12NT01618**

La cour rappelle les conditions dans lesquelles l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de son domaine pour y exercer une activité économique et y mettre fin, appliquant ici les règles dégagées par le Conseil d'Etat dans sa décision « RATP » (CE, 23 mai 2012, RATP, req. n° 348909).

La cour rappelle que cette autorisation peut être délivrée à la condition que cette occupation ou cette utilisation soit compatible avec son affectation et sa conservation.

Elle rappelle également que la décision de refuser une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public.



En l'occurrence, une Région avait autorisé une société de compagnie maritime à occuper des locaux dont elle était propriétaire au droit d'un quai affecté au transport des personnes et des marchandises.

La cour considère que la Région a pu régulièrement ne pas renouveler cette autorisation dès lors que ces locaux étaient utilisés pour le stockage et non pour le transport des passagers et des marchandises et qu'elle souhaitait procéder à la valorisation du domaine public en y intégrant le terminal passager géré dans le cadre de la délégation de service public de desserte maritime.

De ce fait, la cour considère que le non renouvellement de l'autorisation d'occupation temporaire consentie à la compagnie maritime était justifié par un motif d'intérêt général et proportionné aux objectifs poursuivis par la Région.

Elle rappelle enfin qu'il était loisible à la collectivité publique, dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif du domaine public, sans que puisse être opposé à ce refus aucun droit, fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine.

■ **Procédure d'alignement des voies communales – inapplication au domaine privé des Communes – CAA Versailles, 30 décembre 2013, req. n° 12VE01815**

La cour confirme l'annulation d'une délibération prise par le conseil municipal d'une Commune approuvant le plan d'alignement d'un chemin rural au motif que cette voie relevait de son domaine privé.

En effet, l'alignement est la détermination par l'autorité administrative de la limite du domaine public routier et les chemins ruraux appartiennent au domaine privé de la commune.

La cour considère que le chemin en cause ne pouvait faire partie du domaine public communal car il a échappé à son insertion forcée par l'effet de l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui intégrait dans la catégorie des voies communales les voies urbaines.

L'arrêt précise en effet qu'en 1959, ce chemin ne pouvait être considéré comme une voie urbaine compte tenu de sa localisation et de la densité des constructions avoisinantes, même s'il était situé dans le périmètre d'une zone urbanisée au sens des dispositions du règlement national d'urbanisme alors en vigueur.



Contacts



Romain GRANJON

Associé Responsable du Département Affaires Publiques

romain.granjon@adamas-lawfirm.com



Julien BOSQUET

Avocat collaborateur

julien.bosquet@adamas-lawfirm.com